

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 116537

letzte Aktualisierung: 11. Juni 2012

SE-VO Art. 5; AktG §§ 182 Abs. 3, 9 Abs. 2

Kapitalerhöhung bei einer SE; Barkapitalerhöhung mit "Sachagio"; Reichweite der Werthaltigkeitskontrolle durch das Registergericht

I. Sachverhalt

Bei einer SE mit Sitz in Deutschland wurde eine Kapitalerhöhung beurkundet. Es wurde beschlossen, das Kapital im Wege der Barkapitalerhöhung um 10.000,00 Euro durch Ausgabe von 10.000 Inhaber-Stückaktien gegen Bareinlagen zu erhöhen. Zuzüglich zu den Bareinlagen sollte ein (echtes/korporatives) Aufgeld (Agio) durch Einbringung von Geschäftsanteilen (Anteile an tschechischen Gesellschaften) erbracht werden. Der Wert des Agio ist im Kapitalerhöhungsbeschluss nicht angegeben worden; auf Wunsch des Wirtschaftsprüfers wurde auf eine Wertangabe auch in den gemäß § 183 Abs. 3 AktG vorgeschriebenen Dokumenten verzichtet.

Das Registergericht hat nunmehr folgende Zwischenverfügung erlassen: Der Kapitalerhöhungsbeschluss müsse angeben, zu welchem Betrag die jungen Aktien an die Aktionäre ausgegeben werden sollen, soweit eine Ausgabe über dem geringsten Ausgabebetrag erfolge. Darüber hinaus sei ein Bericht über die Prüfung von Sacheinlagen, nämlich der eingebrachten Geschäftsanteile, beizufügen; die Summe des geleisteten Agio sei im Zeichnungsschein anzugeben.

II. Fragen

1. Ist bei der Kapitalerhöhung einer SE, bei welcher eine Barkapitalerhöhung mit einem Sachagio kombiniert wird, die Zwischenverfügung des Registergerichts berechtigt?
2. Ist der genaue Betrag des Agios anzugeben?

III. Zur Rechtslage

1. Anwendbare Vorschriften auf die SE

Gem. Art. 5 der SE-VO (Verordnung, Nr. 2157/2001 vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft) gelten für das **Kapital der SE, dessen Erhaltung und dessen Änderungen die Vorschriften**, die für eine Aktiengesellschaft mit Sitz in dem Mitgliedsstaat, in dem die SE eingetragen ist, gelten würden. Nach allgemeiner Auffassung erfasst dieser Vorbehalt auch das Recht der §§ 182-240 AktG (Oechsler, in: MünchKommAktG, 3. Aufl. 2012, Art. 5 SE-VO Rn. 28 m. w. N.). Auch die Frage, ob die Vorschriften über die Sachkapitalerhöhung anwendbar sind, betrifft die "Änderung des Kapitals" und richtet sich daher nach deutschem Recht.

2. Grundlagen und Zulässigkeit der gewählten Gestaltung

Hinzuweisen ist zunächst darauf, dass der beabsichtigten Gestaltung offenbar die **BFH-Entscheidung vom 7.4.2010** zugrunde liegt (I R 55/09, MittBayNot 2010, 507). Der BFH hat ausgeführt, dass es für eine **Sacheinlage gem. § 20 UmwStG** ausreiche, wenn ein Gesellschafter zusätzlich zu einer Bareinlage die Verpflichtung übernehme, als Aufgeld einen Mitunternehmeranteil in die Kapitalgesellschaft einzubringen. Der BFH führte weiter aus, dass in solchen Fällen die Sacheinlagevorschriften des GmbH-Rechts nicht gelten, also insbesondere die §§ 5 Abs. 4, 7 Abs. 3 und 9c Abs. 1 S. 2 GmbHG, welche im Kapitalerhöhungsrecht entsprechend gelten (§§ 56 Abs. 1 S. 1, 56a und 57a GmbHG). In der Literatur wurde diese Entscheidung überwiegend zustimmend aufgenommen (Wachter, DB 2010, 1918, 1919; Heger, in: JurisPR-Steuerrecht, Ausgabe 42/2010, Anm. 6; Mentel, SteuK 2010, 519; Schulz, GWR 2010, 466; Jüring, BB 2010, 2298).

3. Vereinbarkeit des Beschlusses mit § 182 Abs. 3 AktG

a) Allgemeine Vorgaben

Gem. § 182 Abs. 3 AktG kann bei der **Barkapitalerhöhung die Zahlung eines Aufgeldes bestimmt werden**. Diese Norm verlangt, dass bei einer Ausgabe für einen höheren Betrag als den geringsten Ausgabebetrag (also dem des § 9 Abs. 1 AktG) der Mindestbetrag, unter dem sie nicht ausgegeben werden sollen, im Beschluss über die Kapitalerhöhung festzusetzen ist. Die Formulierung geht wörtlich auf § 149 Abs. 3 AktG 1937 und § 278 Abs. 3 HGB 1897 zurück. Der Normzweck dieser Vorschrift besteht darin, das Ermessen des Vorstandes zu beschränken. Verstöße gegen diese Vorschrift führen nach **herrschender Ansicht zur Anfechtbarkeit des Beschlusses** (so die ganz h. M.; Peifer, in: MünchKommAktG, 3. Aufl. 2011, § 182 Rn. 49; RGZ 143, 20, 23; RGZ 144, 138, 143; BGHZ 33, 175, 179 = NJW

1961, 26; ebenso Feil, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl. 2010, § 182 Rn. 22; Elser, in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2011, § 182 Rn. 43; Servatius, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 182 Rn. 51). Nur vereinzelt wird der Vorschrift des § 182 Abs. 3 AktG jeglicher Gerechtigkeitsgehalt abgesprochen (so z. B. Platte, DB 1968, 2203, 2204: § 182 Abs. 3 AktG sei insgesamt ein Redaktionsversehen).

Verlangt § 182 Abs. 3 AktG somit die Festsetzung eines Mindestausgabekurses, so wird nach herrschender Meinung nicht verlangt, der Kurs des Agios **müsse im Erhöhungsbeschluss selbst festgelegt werden** (Staub/Pinner, HGB, 14. Auflage 1933, § 278 Anm. 14; Hüffer, in: Hüffer, AktG, 9. Aufl. 2010, § 182 Rn. 22; v. Dryander/Niggemann in: Hölter, AktG, 2011, § 182 Rn. 58). Die Hauptversammlung kann eine solche Festsetzung treffen, welche dann auch verbindlich ist (RG JW 1929, 1745; Hüffer, aaO, § 182 Rn. 22).

b) Würdigung des Sachverhaltes

Der Hauptversammlungsbeschluss trifft vorliegend die Festsetzung, dass die Aktien zu 1 Euro pro Aktie ausgegeben werden; ferner sei der Zeichner verpflichtet, Gesellschaftsanteile einzubringen. Im Wege der Auslegung ist zu prüfen, ob hiermit eine Ausgabe zu einem höheren Betrag als dem in § 9 Abs. 1 AktG genannten Mindestbetrag beabsichtigt ist. Dies ist wohl zu bejahen. Der Kapitalerhöhungsbeschluss legt fest, dass die Einlagepflicht aus zwei Bestandteilen besteht; zum einen aus einer Pflicht zur baren Zahlung und zum anderen aus einer Pflicht zur Übertragung von Gesellschaftsanteilen. Ein solcher Fall weist **Ähnlichkeiten zu dem Fall einer so genannten „Mischeinlage“** auf. Bei einer solchen ist jeder Einlageteil nach den für ihn geltenden Regeln zu behandeln (vgl. MünchKommAktG/Pentz, 3. Auflage 2008, § 36 Rn. 98).

Es kommt somit darauf an, ob der „Mindestbetrag“ hier im Beschluss festgesetzt worden ist. Der Begriff „Betrag“ ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch so zu verstehen, dass hiermit eine **summenmäßige Fixierung** verbunden ist (vgl. synonyme.woxikon.de, abgerufen am 26. Januar 2012: „Geldsumme, Anzahl, Menge, Quantität“). Die **bloße Beschreibung des Einlagegegenstandes** dürfte nicht genügen. Mit der Beschreibung der Sacheinlage wird nur den Anforderungen des § 183 Abs. 1 S. 1 AktG Genüge getan; die Anwendbarkeit des § 182 Abs. 3 AktG wird hierdurch aber nicht ausgeschlossen.

Dementsprechend heißt es bei *Lorz/Pfisterer/Gerber* (Beck'sches Formularbuch Aktienrecht, 2005, Muster L.I.4 [Kapitalerhöhungsbeschluss Sachkapitalerhöhung], S. 753:

„Sie [die Aktien] werden zum Betrag von 5 Euro je Aktie ausgegeben...“

Und weiter:

„Auf die hiernach gezeichneten Aktien hat die Y-GmbH Sacheinlagen dergestalt zu erbringen, dass sie.. [Bezeichnung der Sacheinlagen]...“.

Die Trennung zwischen § 182 Abs. 3 AktG und § 183 Abs. 1 AktG wird hier deutlich.

4. **Betragsmäßige Fixierung im Zeichnungsschein nötig**

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass der Vorstand **spätestens bei der Ausgabe des Zeichnungsscheins** über den Ausgabekurs entscheidet. Dieser enthält gem. § 185 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 AktG den **Ausgabebetrag der Aktien**. Zeichnungsscheine, die diese Angaben nicht vollständig enthalten, sind nichtig (§ 185 Abs. 2 AktG). Im Rahmen des § 185 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 AktG entspricht es der ganz h. M., dass das **Agio im Zeichnungsschein betragsmäßig** festzusetzen ist (Peifer, in: MünchKommAktG, § 185 Rn. 21; LG Frankfurt AG 1992, 240; Hüffer, § 185 Rn. 12; Lutter, in: KölnKommAktG, 2. Aufl. 1995, § 185 Rn. 40; Wiedemann, in: GroßkommAktG, 4. Aufl. 1994, § 185 Rn. 19; Weitnauer, NZG 2001, 1065, 1067).

Insoweit halten wir die Rechtsansicht des Registergerichts für zutreffend.

5. **Werthaltigkeitsprüfung; Anwendbarkeit des § 183 AktG**

Nach allgemeiner Auffassung steht dem Registergericht bei einer Kapitalerhöhung ein Prüfungsrecht zu. Es prüft, ob die Voraussetzungen für die **Eintragung der Kapitalerhöhung** vorliegen (allgemeine Ansicht; Peifer, in: MünchKommAktG, § 188 Rn. 46). Bei einer Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen muss das Registergericht die **Eintragung ablehnen**, wenn der Wert der Sacheinlagen nicht unwesentlich hinter dem geringsten Ausgabebetrag der dafür zu gewährenden Aktien zurück bleibt (Peifer, in: MünchKommAktG, § 188 Rn. 49 m. w. N.). Darüber hinaus sieht das Aktiengesetz in § 183 AktG vor, dass bei einer Sacheinlage grundsätzlich eine Prüfung stattzufinden hat (§ 183 Abs. 3 S. 1 AktG), sofern nicht gem. § 183a AktG eine Ausnahme hierfür möglich ist.

Der Begriff der Sacheinlage gem. § 183 Abs. 1 S. 1 AktG ist übereinstimmend mit demjenigen des § 27 Abs. 1 AktG zu definieren. Hiernach sind Sacheinlagen Einlagen, die nicht durch Einzahlung des Ausgabebetrages der Aktien zu leisten sind (§ 27 Abs. 1 S. 1 AktG). Ob die Einlage einen Bezug zum Grundkapital aufweist oder nicht, dürfte im Aktienrecht nicht erheblich sein: Entscheidender Bezugspunkt ist im Aktienrecht vielmehr der in § 9 AktG genannte „Ausgabebetrag“ (vgl. auch Peifer in: MünchKommAktG, 3. Auflage 2011, § 183 Rn. 7: Sacheinlage ist jede Einlage, die nicht durch Einzahlung des Ausgabebetrages zu er-

bringen ist). Dem entspricht es, dass das Registergericht im Aktienrecht auch die Leistung eines Aufgeldes überprüfen kann (§§ 188 Abs. 2 AktG, 36a Abs. 2 S. 3 AktG).

6. Kein unüberwindbarer Wertungswiderspruch im Vergleich zum GmbH-Recht

Der BFH hat zum GmbH-Recht (obiter) vertreten, dass die **Vorschriften des GmbHG über Sacheinlagen** auf ein „Sachagio“ nicht anwendbar seien. Dies ist kein Widerspruch zu dem hier gefundenen Ergebnis. Das GmbH-Gesetz verwendet eine gegenüber dem **Aktienrecht unterschiedliche Terminologie**. Dies ermöglicht es nach unserer Einschätzung, den Begriff der „Einlage“ im Sinne des Kapitalaufbringungsrechts in beiden Rechtsbereichen abweichend zu definieren. Wie bereits gezeigt, differenzieren die aktienrechtlichen Vorschriften nicht nach dem Bezug zum Grundkapital, sondern nach dem Ausgabebetrag. Dieser Begriff wird im GmbHG nicht verwendet. Dort steht der Einlagebegriff und insbesondere der Begriff der Sacheinlage in einem engen systematischen Zusammenhang zum Stammkapital (vgl. § 5 Abs. 1 i. V. m. § 5 Abs. 4 GmbHG). Während § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG bei der GmbH-Gründung nur die **Auflistung der Stammeinlagen**, also der Einlagen auf das Stammkapital, verlangt, ist gem. § 23 Abs. 2 Nr. 3 AktG nicht nur der eingezahlte Betrag des Grundkapitals auszuweisen, sondern gem. § 23 Abs. 2 Nr. 2 AktG auch der Ausgabebetrag der Aktien anzugeben.

Hinzuweisen ist, dass die Auffassung des BFH auch im GmbH-Recht nicht unangefochten ist (vgl. z. B. Haslinger, MittBayNot 1996, 278). Im Aktienrecht kann sie jedenfalls keine Geltung beanspruchen, soweit sie die Anwendbarkeit der gründungsrechtlichen Vorschriften betrifft.